



Wissenschaftliche Dienste

Abteilung II

Wissenschaftlicher Dienst, Parlamentsdienst und Informationsdienste

WD 1-1/52-1613

18. Januar 2011

„Kernbereichsschutz nach § 39 a Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs für ein Landesgesetz zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes“

A. Auftrag

Der Auftrag der SPD-Fraktion vom 10. Januar 2011 bezieht sich auf den von der Landesregierung eingebrachten Entwurf für ein Landesgesetz zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes (LT-Drucks. 15/4870) und betrifft die Frage, ob der in Art. 1 Nr. 23 (§ 39 a Abs. 3 Satz 1) vorgesehene Kernbereichsschutz verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Bedenken hieran bestünden im Hinblick auf ein vom Innenausschuss durchgeführtes Anhörverfahren, in dessen Rahmen die Verfassungskonformität problematisiert und Vorschläge zur Änderung der betreffenden Bestimmung unterbreitet worden seien. Vor diesem Hintergrund bittet die SPD-Fraktion um Aufbereitung der Rechtslage und insbesondere um eine verfassungsrechtliche Bewertung der von den Sachverständigen angeregten Änderungen. Angesichts der für das Januar-Plenum vorgesehenen Verabschiedung soll die Prüfung möglichst kurzfristig erfolgen.

B. Stellungnahme

Ausgangspunkt der Stellungnahme ist zunächst die Darstellung des wesentlichen Regelungsinhalts von Art. 1 Nr. 23 (§ 39 a Abs. 3 Satz 1) des Entwurfs für ein Landesgesetz zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes¹ (nachfolgend: POG-E). Im Anschluss daran sollen - im Kontext der verfassungsrechtlichen Vorgaben für einen normativ zu gewährleistenden Kernbereichsschutz - die in der Anhörung des Innenausschuss thematisierten Bedenken und Änderungsanregungen erörtert werden. Ob sich daraus im Ergebnis ein verfassungsrechtlich indizierter Änderungsbedarf ergeben könnte, ist Gegenstand der daran anknüpfenden Ausführungen. Angesichts der Kürze der für die Prüfung zur Verfügung stehenden Zeit ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Stellungnahme nur um eine Ersteinschätzung handeln kann.

¹ LT-Drucks. 15/4879

I. Wesentlicher Regelungsinhalt von § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E - Unterschiede in der Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes im Vergleich zur Wohnraumüberwachung

Die Bestimmungen des § 39 a POG-E regeln den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei der Durchführung verdeckter Maßnahmen. Der hier maßgebliche Absatz 3 implementiert bereichsspezifisch normativen Kernbereichsschutz bei Telekommunikationsüberwachungen (§ 31 POG-E), ferner bei Auskünften über Nutzungsdaten (§ 31 b POG-E) sowie bei verdeckten Zugriffen auf informationstechnische Systeme (§ 31 c POG-E). Die Bestimmung in Satz 1 lautet:

„Die Datenerhebung nach § 31, § 31 b oder § 31 c darf nur angeordnet werden, falls nicht tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden.“

Angesichts dieser Formulierung wären die von § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E erfassten Datenerhebungen nur dann unzulässig, wenn mit der Maßnahme voraussichtlich „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Dass es im Rahmen der Datenerhebung möglicherweise zu Eingriffen auch in den Kernbereich kommen kann, würde die Zulässigkeit der Maßnahme demnach nicht hindern. Erst wenn anzunehmen wäre, dass - ausschließlich - dem Kernbereich zuzuordnende Daten erhoben würden, würde sich die Anordnung der Maßnahme nach § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG als unzulässig darstellen.

Von einer alleinigen Erfassung kernbereichsrelevanter Daten soll nach der Begründung zum Gesetzentwurf z.B. nicht ausgegangen werden können, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Betroffenen Inhalte aus dem Kernbereich mit gefahrenrelevanten Inhalten verknüpfen, um die Datenerhebung dadurch zu verhindern.² Demgegenüber könne sich die Unzulässigkeit der Maßnahme etwa daraus ergeben, dass über einen bestimmten Anschluss nur Privatgespräche zwischen Verwandten, Ehepaaren oder Lebenspartnerinnen und Lebenspartner geführt würden.³ Allerdings verlange die in § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E vorgeschriebene Prognose anders als bei der Wohnraumüberwachung gerade keine besonderen der Maßnahme vorausgehenden Ermittlungen.⁴ Hierzu wird in der Begründung weiter ausgeführt, diese Regelung trage dem Umstand Rechnung, dass bei Anordnung der entsprechenden Maßnahmen regelmäßig nicht sicher vorhersehbar sei, welchen Inhalts die abgehörten Gespräche oder die erhobenen Daten tatsächlich hätten.⁵ Nur in seltenen Fällen könne jedes Risiko eines Kernbereichseingriffs ausgeschlossen werden.⁶ Beispielsweise könne

² LT-Drucks. 15/4879, S. 44

³ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

⁴ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

⁵ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

⁶ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

eine Prognose, mit wem ein Telefongespräch zustande gekommen sei und in welchem Verhältnis die Gesprächspartner zueinander stünden, in der Regel wegen der Vielgestaltigkeit von Telekommunikationsvorgängen nicht getroffen werden.⁷ Das Gleiche gelte für den verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme und für Auskünfte über Nutzungsdaten.⁸ Aus diesen Gründen sei der hier anzulegende verfassungsrechtliche Maßstab für den Kernbereichsschutz - verglichen mit der Wohnraumüberwachung - weniger streng.⁹

Im Unterschied zu den von § 39 a Abs. 3 POG-E erfassten Überwachungsmaßnahmen ist der Kernbereichsschutz für die Befugnis zur präventiven Wohnraumüberwachung nach § 39 a Abs. 2 Satz 1 POG-E differenzierter ausgestaltet.¹⁰ Danach darf eine Wohnraumüberwachung nur angeordnet werden, soweit nicht aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Daten erhoben werden, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind (sog. negative Kernbereichsprognose).¹¹ Gerechtfertigt wird die unterschiedliche Intensität hinsichtlich der Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes in der Begründung des Gesetzentwurfs damit, die Betroffenen seien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation wie auf eine Wohnung angewiesen, so dass hier andere verfassungsrechtliche Maßstäbe anzulegen seien.¹²

Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen eines Anhörverfahrens vor dem Innenausschuss die Frage thematisiert worden, ob der in § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E normierte Kernbereichsschutz den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

II. Verfassungsrechtliche Bewertung von § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E in der Anhörung vor dem Innenausschuss

In seiner 39. Sitzung vom 16. September 2010 hat der Innenausschuss zu dem Gesetzentwurf ein Anhörverfahren durchgeführt, in dessen Rahmen auch zu der Regelung des § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E Stellung genommen wurde. Insbesondere wegen der Formulierung, nach der

⁷ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

⁸ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

⁹ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

¹⁰ § 39 a Abs. 2 POG-E übernimmt die bisherige Regelung des § 29 Abs. 3 POG, ohne dass inhaltliche Änderungen beabsichtigt wären (LT-Drucks. 15/4878, S. 43).

¹¹ Vgl. hierzu: Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Urteil vom 29. Januar 2007 - B 1/06 -, DVBl. 2007, 569 ff.

¹² LT-Drucks. 15/4879, S. 43 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005 (1 BvR 668/04), BVerfGE 113, 348 ff.

die dort genannten Datenerhebungen nur dann nicht angeordnet werden dürfen, wenn voraussichtlich allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich erlangt werden, sind von den Anzuhörenden verfassungsrechtliche Bedenken vorgetragen worden.¹³ In der Hauptsache wurde dabei geltend gemacht, dass im Anwendungsbereich von § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E kaum eine Situation vorstellbar sei, in der „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich gewonnen werden könnten.¹⁴ Da sich ein solcher Fall in der Praxis wohl nie ergeben werde, laufe der Kernbereichsschutz auf dieser Stufe leer.¹⁵ Zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Risiken sei deswegen eine Regelung in Betracht zu ziehen, die vor der Entscheidung über die Datenerhebung zu einer Prognose über den Schwerpunkt der zu erwartenden Kommunikation zwingen¹⁶ beziehungsweise die statt des Merkmals „allein“ Formulierungen wie „vor allem“ oder „hauptsächlich“ verwende.¹⁷

Die vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken verweisen für ihre Berechtigung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das für informationsbezogene Grundrechtseingriffe z.B. in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG), aber auch in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung angenommen hat.¹⁸ Auf die besonderen sich aus dieser Rechtsprechung für den Kernbereichsschutz ergebenden Anforderungen soll nachfolgend - allerdings in zusammengefasster Form¹⁹ - eingegangen werden.

III. Anforderungen an den normativ zu gewährleistenden Kernbereichsschutz nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung mehrfach einen Kernbereich privater Lebensgestaltung anerkannt, der dem staatlichen Zugriff schlechthin entzogen sei.²⁰

¹³ *Kugelman*, *Zuschrift* 15/501, S. 9; Landesbeauftragter für den Datenschutz, *Zuschrift* 15/502, S. 16; Protokoll der 41. Sitzung des Innenausschusses am 4. November 2010, S. 15 f.; *Ruthig*, *Zuschrift* 15/504 (unter 4.), Protokoll der 41. Sitzung des Innenausschusses am 4. November 2010, S. 30 f.; Deutscher Anwaltverein, *Zuschrift* 15/506, S. 15; vgl. auch *Breyer*, Protokoll der 41. Sitzung des Innenausschusses am 4. November 2010, S. 33, 36

¹⁴ *Kugelman*, *Zuschrift* 15/501, S. 9

¹⁵ Landesbeauftragter für den Datenschutz, *Zuschrift* 15/502, S. 16; Deutscher Anwaltverein, *Zuschrift* 15/506, S. 15

¹⁶ *Kugelman*, *Zuschrift* 15/501, S. 9

¹⁷ Landesbeauftragter für den Datenschutz, *Zuschrift* 15/501, S. 17

¹⁸ BVerfGE 109, 279 ff. („akustische Wohnraumüberwachung“); 113, 348 ff. („präventive Telekommunikationsüberwachung“); vgl. für die „Online-Durchsuchung“ auch: BVerfGE 120, 274 ff.

¹⁹ Ausführlich hierzu: „Notwendigkeit einer Fortentwicklung verfassungsschutzrechtlicher Vorschriften“, Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 10. Februar 2010, WD 1-1/52-1585, S. 4 ff.

²⁰ BVerfGE 6, 32, 41; 27, 1, 6; 32, 373, 379; 34, 238, 245; 80, 367, 373

1. „Zweistufiges Schutzkonzept“

In seiner Entscheidung zur repressiven akustischen Wohnraumüberwachung vom 3. März 2004²¹ hat das Bundesverfassungsgericht erstmals einfachgesetzliche Vorkehrungen zum Schutz dieses Kernbereichs für die Befugnis zur Wohnraumüberwachung gefordert. Danach ist der verfassungsrechtlich gebotene Kernbereichsschutz konzeptionell in zwei Stufen zu realisieren:

- Erstens hat die gesetzliche Regelung darauf hinzuwirken, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten - soweit wie informations- und ermittlungstechnisch möglich - unterbleibt.²² Gibt es im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren wird, so hat sie grundsätzlich zu unterbleiben. Anders liegt es, wenn z.B. konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass kernbereichsbezogene Kommunikationsinhalte mit dem Ermittlungsziel unterfallenden Inhalten verknüpft werden, um eine Überwachung zu verhindern.
- Zweitens wird sich in vielen Fällen die Kernbereichsrelevanz der erhobenen Daten vor oder bei der Datenerhebung nicht verlässlich klären lassen. Der Gesetzgeber hat in dieser Situation durch geeignete Verfahrensvorschriften sicherzustellen, dass dann, wenn Daten mit Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung erhoben worden sind, die Intensität dieser Kernbereichsverletzung und ihre Auswirkungen auf die Persönlichkeit und Entfaltung des Betroffenen so gering wie möglich bleiben. Entscheidende Bedeutung für den Schutz hat insoweit die Durchsicht der erhobenen Daten auf kernbereichsrelevante Inhalte, für die ein geeignetes Verfahren vorzusehen ist, welches den Belangen des Betroffenen hinreichend Rechnung trägt. Ergibt die Durchsicht, dass kernbereichsrelevante Daten erhoben wurden, sind diese unverzüglich zu löschen. Eine Weitergabe oder Verwertung ist auszuschließen.²³

Diesem vom Bundesverfassungsgericht geforderten Schutzkonzept ist der Landesgesetzgeber im Hinblick auf die Befugnisnorm zur präventiven Wohnraumüberwachung (§ 29 POG) mit Landesgesetz vom 25. Juli 2005²⁴ verfassungskonform²⁵ nachgekommen.

²¹ BVerfGE 109, 279 ff.

²² BVerfGE 109, 279, 318, 324; 113, 348, 291

²³ BVerfGE 109, 279, 324

²⁴ Sechstes Landesgesetz zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes vom 25. Juli 2005 (GVBl. S. 320)

²⁵ Urteil des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz vom 21. Januar 2007, DVBl. 2007, 569 ff.

In seinem Urteil vom 27. Juli 2005 hat das Bundesverfassungsgericht darüber hinausgehend aber auch für die Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung einfachgesetzliche Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gefordert,²⁶ wie sie hier u.a. mit der Regelung des § 39 a Abs. 3 POG-E normiert werden sollen. Ob diese Vorschrift den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts gerecht wird, beantwortet sich auf der Grundlage des dargestellten zweistufigen Schutzkonzepts, aber auch nach Maßgabe des Schutzbereichs und der Schutzrichtung der hier betroffenen Grundrechte, wobei sich die nachfolgenden Ausführungen thematisch auf Art. 10 Abs. 1 GG beschränken, entsprechend aber auch für die hier weiter betroffenen Grundrechte - Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG - gelten.²⁷

2. Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung im Rahmen von Befugnissen zur präventiven Telekommunikationsüberwachung

Gesetzliche Befugnisse zur Telekommunikationsüberwachung ermächtigen zu Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG im Hinblick auf das dort geschützte „Fernmeldegeheimnis“.²⁸

a) Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG)

Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses umfasst den Kommunikationsinhalt und die Kommunikationsumstände. Die öffentliche Gewalt soll grundsätzlich nicht die Möglichkeit haben, sich Kenntnis vom Inhalt der über Fernmeldeanlagen abgewickelten mündlichen oder schriftlichen Information zu verschaffen.²⁹ Dabei bezieht sich der Grundrechtsschutz auf alle mittels

²⁶ BVerfGE 113, 348 ff.; eingehend zu den „Konsequenzen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur präventiven Telekommunikationsüberwachung“: Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes vom 17. Oktober 2005 (52-1506)

²⁷ Die Befugnis nach § 31 c POG-E (Datenerhebung durch den Einsatz technischer Mittel in informationstechnischen Systemen) ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 120, 274, 306 f.) nicht an dem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG, sondern an dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu messen. Hinsichtlich der Auskunft über Nutzungsdaten (§ 31 b POG-E) ist umstritten, welches Grundrecht einschlägig ist (Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, oder Fernmeldegeheimnis, Art. 10 Abs. 1 GG). Die in §§ 31, 31 b und 31 c POG-E geregelten Eingriffsbefugnisse ermächtigen aber jeweils zu Eingriffen in telekommunikative Systeme. Diese thematische Verklammerung rechtfertigt es, die Frage des Kernbereichsschutzes einheitlich auf der zu Art. 10 GG ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu behandeln. Auf etwaige grundrechtsspezifische Unterschiede wird - soweit hier relevant - in der Prüfung eingegangen. Im Hinblick auf die kernbereichsschützende Regelung in § 39 a Abs. 3 Satz 2 POG-E stellt sich die Problematik für § 31 c POG-E aber ohnehin nur in abgeschwächter Form (vgl. BVerfGE 120, 274, 338).

²⁸ Näher zu diesem: *Durner*, in: *Maunz/Dürig*, Komm. z. GG (Stand: Januar 2010), Band II, Art. 10, Rn. 45 ff., 81 ff.

²⁹ BVerfGE 100, 313, 363

der Fernmeldetechnik ausgetauschten Informationen.³⁰ In den Schutzbereich fällt auch die Erlangung der Kenntnis, ob, wann, wie oft und zwischen welchen Personen Telekommunikation stattgefunden hat oder versucht worden ist.³¹ Die freie Kommunikation, die Art. 10 GG sichert, leidet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn zu befürchten ist, dass der Staat entsprechende Kenntnisse verwertet.³² Daher erstreckt sich die Schutzwirkung des Art. 10 GG auch auf den Informations- und Datenverarbeitungsprozess.³³

Art. 10 Abs.1 GG gewährleistet damit die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation und schützt insoweit zugleich die Würde des Menschen,³⁴ was im Hinblick auf die Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs von Bedeutung ist.

b) Bundesverfassungsgerichtliche Maßgaben für die Ausgestaltung des normativen Kernbereichsschutzes bei verdeckt erfolgenden Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 GG

Welche - konkreten - Vorkehrungen der Gesetzgeber im Rahmen von Befugnissen zur Telekommunikationsüberwachung zu treffen hat, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu unterbinden, dürfte auch im Hinblick auf die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005³⁵ jedenfalls nicht eindeutig feststehen. In seinem Beschluss vom 3. März 2004 betreffend die Befugnis des Zollkriminalamts zur Überwachung des Postverkehrs und der Telekommunikation im Bereich der Straftatenverhütung hat der Erste Senat zwar ausdrücklich erklärt, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Materie „die Grundsätze zu beachten habe, die der Senat in seinen Urteilen vom 14. Juli 1999 und vom 3. März 2004 niedergelegt habe.“³⁶ Dies greift der Senat in seinem Urteil vom 27. Juli 2005 sodann erneut auf, wobei er gleichzeitig konkretisiert: Auch bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs sei dafür Sorge zu tragen, dass „Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben“, hier fordere „die nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde auch im Gewährleistungsbereich des Art. 10 Abs. 1 GG Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung.“³⁷

³⁰ BVerfGE 100, 313, 358; 106, 28, 37; 107, 299, 313; 110, 33, 52 f.

³¹ BVerfGE 67, 157, 172; 85, 386, 396; 100, 313, 358; 107, 299, 312 f.

³² BVerfGE 65, 1, 42 f.; 93, 181, 188; 100, 313, 359

³³ BVerfGE 100, 313, 359; 110, 33, 68 f.

³⁴ BVerfGE 67, 157, 171; 110, 33, 53

³⁵ BVerfGE 113, 348 ff.

³⁶ BVerfGE 110, 33, 76

³⁷ BVerfGE 113, 348, 391

Die Bedeutung dieser - eindeutigen - Passage erschöpft sich allerdings in der Feststellung, dass es kernbereichsschützender Vorschriften auch bei verdeckten Datenerhebungen bedarf, die in das Fernmeldegeheimnis eingreifen.³⁸ Wie der zu gewährleistende Kernbereichsschutz aber im Einzelnen ausgestaltet sein muss, geht aus der Entscheidung nicht hervor. Als gesichert dürfte dabei immerhin die Schlussfolgerung gelten, dass die im Kontext der Entscheidung zur repressiven Wohnraumüberwachung stehenden Aussagen des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich des erforderlichen Kernbereichsschutzes jedenfalls nicht ohne Modifikation auf Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis übertragbar sind; denn die Schutzbereiche und Schutzrichtungen der beiden betroffenen Grundrechte (Art. 13 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 GG) sind zu unterschiedlich.³⁹

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in seinem Urteil vom 27. Juli 2005 darauf hingewiesen, dass der Schutz nach Art. 10 GG (Fernmeldegeheimnis) anders ausgestaltet sei als der nach Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung): Aufgrund des besonders engen Bezugs zur Menschenwürde gewähre Art. 13 GG einen „absoluten Schutz“ des Verhaltens in den Wohnräumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstelle.⁴⁰ Für sie benötige jeder Mensch ein räumliches Substrat, in dem er für sich sein könne und sich nach selbst gesetzten Maßstäben frei entfalten könne, also die Wohnung bei Bedarf als „letztes Refugium“ zur Wahrung seiner Menschenwürde nutzen könne.⁴¹ Zur höchstpersönlichen Kommunikation seien die Bürger jedoch nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen wie auf eine Wohnung. Dementsprechend - so das Bundesverfassungsgericht weiter - normiere Art. 10 Abs. 1 GG anders als Art. 13 GG auch keine spezifischen Eingriffsvoraussetzungen, sondern verweise nur implizit auf die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen.⁴²

In tatsächlicher Hinsicht stellt das Bundesverfassungsgericht sodann fest, dass bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung der Inhalt der Gespräche nicht sicher vorhersehbar sei.⁴³ Deswegen könne auch das Risiko nicht ausgeschlossen werden, dass die Abhörmaßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich erfasse.⁴⁴ Verfassungsrechtlich hinzunehmen sei dieses Risiko aber allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten

³⁸ Vgl. hierzu: *Gusy*, NdsVBl. 2006, 65, 68

³⁹ *Gusy*, NdsVBl. 2006, a.a.O., 65, 68; eingehend hierzu: *ders.*, in: Schaar (Hrsg.), *Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung* (2004), 35 ff., 48 ff.

⁴⁰ BVerfGE 113, 348, 391

⁴¹ BVerfGE 113, 348, 391

⁴² BVerfGE 113, 348, 391

⁴³ BVerfGE 113, 348, 392

⁴⁴ BVerfGE 113, 348, 392

Rechtsguts und einer durch konkrete Anhaltspunkte gekennzeichneten Lage, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung der Straftat schließen lasse.⁴⁵ Hinzukommen müssten Vorkehrungen, die sicherstellten, dass die Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert und verwertet werden dürften, sondern unverzüglich gelöscht würden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen sei.⁴⁶

c) Interpretations- und Deutungsversuche des juristischen Schrifttums

In der Literatur wird aus der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Teil geschlossen, dass für den gesetzlich zu gewährleistenden Kernbereichsschutz bereits ein zu normierendes Verwertungsverbot genüge, ein Erhebungsverbot folglich verzichtbar sei.⁴⁷ Dem dürfte allerdings nicht zu folgen sein. Nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, die zumindest insoweit eindeutig sind, muss bereits die Anordnung einer - konkreten - Telekommunikationsüberwachung unterbleiben, soweit tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Inhalte erfasst werden, die zum Kernbereich zählen.⁴⁸ Der Verzicht auf ein gesetzliches Erhebungsverbot dürfte damit im Ergebnis nicht zu vereinbaren sein.

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist bislang aber ungeklärt, welche Anforderungen insoweit an das Erhebungsverbot zu stellen sind und wie es beispielsweise hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit für die Erfassung kernbereichsrelevanter Inhalte ausgestaltet sein muss. Eine vereinzelt im Schrifttum⁴⁹ vorgeschlagene Abgrenzung nach Gesprächspartnern mit der Folge, dass ein bestimmter Personenkreis (beziehungsweise deren Anschlüsse) generell aus dem Kreis der potenziell Betroffenen herauszunehmen sind, stößt auf Ablehnung.⁵⁰ Ein solcher Ausschluss sei aus technischen und praktischen Gründen weitgehend unmöglich.⁵¹ Zudem könne allein ausgehend von der Person des Anschlussinhabers nicht ohne weiteres angenommen werden, dass mit Wahrscheinlichkeit Kernbereichsgespräche geführt würden: weder sei ersichtlich, dass diese Person den Anschluss auch tatsächlich nutze und daher Gesprächspartner sei,⁵² noch dass gerade auf diesem Weg Inhalte ausgetauscht würden, die zum Kernbereich gehörten.⁵³ Bei der Telekommunikation herrsche, worauf das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hingewiesen habe, gerade nicht dieselbe Vertrautheit wie bei der Kommunikation in der eigenen Wohnung.⁵⁴

⁴⁵ BVerfGE 113, 348, 392

⁴⁶ BVerfGE 113, 348, 392

⁴⁷ Gusy, NdsVBl. 2006, a.a.O., 65, 69

⁴⁸ BVerfGE 113, 348, 390 f.

⁴⁹ Bergmann, in: „Lauschen im Rechtsstaat: Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Großen Lauschangriff“, Gedächtnisschrift für Hans Lisken (2004), 69, 80

⁵⁰ Käß, BayVBl. 2008, 225, 232

⁵¹ Zur vergleichbaren Problematik bei der repressiven Telekommunikationsüberwachung: BT-Drucks. 15/4416, S. 21 f.

⁵² Gusy, in: Schaar (Hrsg.), a.a.O., 69, 80

⁵³ Käß, a.a.O., 225, 232

⁵⁴ Käß, a.a.O., 225, 232 mit Verweis auf BVerfGE 113, 348, 391

Angesichts der technischen Optionen moderner Telekommunikation würden zudem erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten z.B. durch Weitergabe von Mobiltelefonen oder Mobiltelefonkarten oder durch Weiterleitung von Anrufen bestehen. Anders als bei der Wohnraumüberwachung, bei der durch Observation festgestellt werden könne, wer sich tatsächlich in den Wohnräumen befinde, sei die Zuordnung einer Stimme zu einer Person nicht ohne Weiteres möglich.⁵⁵ Erst recht könne bei anderen Nachrichtenformen nicht sicher bestimmt werden, wer - tatsächlich - Kommunikationspartner sei. Hinzu komme die Problematik der bewussten Vortäuschung kernbereichsrelevanter Inhalte,⁵⁶ die umso schwieriger zu bewältigen sei, wenn allein aus dem Umstand, dass mit einer vertrauten Person telefoniert werde, stets auf die Wahrscheinlichkeit einer Kernbereichsverletzung geschlossen werden müsste.⁵⁷

Offen bleibt danach aber, welche Vorkehrungen der Gesetzgeber auf der Stufe des zu normierenden Erhebungsverbots statt dessen zu treffen hat, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung effektiv zu schützen. Insoweit muss die verfassungsrechtliche Situation als weitgehend unklar und ungeklärt gekennzeichnet werden. Fest steht allenfalls, dass der Gesetzgeber auch im Rahmen der Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung ein den Kernbereich schützendes Erhebungsverbot zu regeln hat; wie dieses allerdings konkret ausgestaltet sein muss, ist bislang weitgehend unbeantwortet geblieben.

d) Stellungnahme: Voraussichtlich überwiegend kernbereichsrelevante Datenerhebung als Anordnungsschranke oder grundrechtsspezifische Reduzierung des Schutzkonzepts?

aa) Ob der in der Anhörung vorgeschlagene Weg, für die Anordnung der Datenerhebung eine Prognoseentscheidung darüber zu verlangen, ob „vor allem“ oder „hauptsächlich“ kernbereichsrelevante Daten erhoben werden, sich tatsächlich als die bessere Regelungsalternative präsentiert, dürfte fraglich sein.

Zweifel gründen sich vor allem darauf, dass eine solche Prognose praktisch kaum durchführbar sein dürfte. Bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung ist - wie ausgeführt - in der Regel nicht sicher vorhersehbar, welche Inhalte die abgehörten Gespräche haben werden. Eine Prognose, mit wem tatsächlich ein Telefongespräch zustande kommen wird und in welchem Verhältnis die beiden Gesprächspartner zueinander stehen, dürfte angesichts der Häufigkeit und Vielgestaltigkeit von Telekommunikationsvorgängen zuverlässig gar nicht getroffen werden können. Vielfach dürfte sich ohne weitere Auswertung auch gar

⁵⁵ Käß, a.a.O., 225, 233

⁵⁶ Vgl. hierzu: LT-Drucks. 15/4879, S. 44

⁵⁷ Käß, a.a.O., 225, 233

nicht feststellen lassen, mit welcher Person gesprochen wird, z.B. wenn keine Namensnennung erfolgt oder bei Gesprächen in fremder Sprache. Selbst bei Ermittlungen, die der Anordnung vorausgingen, dürfte sich die Prognose kaum je auf eine sichere Tatsachengrundlage stützen lassen, weil z.B. Anschlussinhaber und Nutzer des Anschlusses nicht identisch sein müssen. Anders als bei einer Wohnraumüberwachung, bei der Anhaltspunkte anhand der Art der zu überwachenden Räumlichkeit und dem Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander gewonnen werden können, ist bei einer Telekommunikationsüberwachung kaum vorhersehbar, wer miteinander kommuniziert und ob kernbereichsrelevante Inhalte anfallen. Soll beispielsweise ein privater Anschluss abgehört werden, so wird sich regelmäßig nicht ausschließen lassen, dass private Gespräche bis hin zum Austausch intimster Kommunikationsinhalte erfasst werden. Aber auch von primär geschäftlich oder dienstlich genutzten Festnetzanschlüssen können private Gespräche mit kernbereichsrelevantem Inhalt geführt werden. Dies zeigt, dass jedwede Prognose, die im Vorfeld der Anordnung zu klären versucht, ob kernbereichsrelevante Daten voraussichtlich erhoben werden, nicht nur nahezu unüberwindlichen Schwierigkeiten ausgesetzt und praktisch undurchführbar sein dürfte, sondern in aller Regel auch keine geeignete Grundlage für die Beurteilung des Kernbereichsverletzungsrisikos geben dürfte.

Dies gilt auch und selbst dann, wenn die prognostische Beurteilung des voraussichtlichen Risikos einer Kernbereichsverletzung im Ergebnis darauf bezogen wird, ob überwiegend („vor allem“, „hauptsächlich“) kernbereichsrelevante Inhalte erhoben werden. Auch hier stellt sich das Problem, dass eine solche Prognose in der Regel nicht getroffen werden kann, weil Telekommunikation durch die unterschiedlichsten Inhalte geprägt ist, bei denen kaum vorhersehbar ist, in welchem Umfang und in welcher Häufigkeit Inhalte ausgetauscht werden, die zum Kernbereich gehören. Die vorgenannten Bedenken hinsichtlich der praktischen Umsetzbarkeit gelten damit auch hier. Überdies dürften Merkmale wie „vor allem“ oder „hauptsächlich“ mit Unklarheiten behaftet sein, die im Hinblick auf das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit zumindest nicht völlig unproblematisch erscheinen könnten. Grundlage des Bestimmtheitsgebots ist hier Art. 10 GG selbst.⁵⁸ Das Gebot soll sicherstellen, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können.⁵⁹ Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.⁶⁰

⁵⁸ BVerfGE 110, 33, 52 ff.

⁵⁹ BVerfGE 110, 33, 52 ff.

⁶⁰ BVerfGE 100, 359 f., 372

Für Ermächtigungen zu Überwachungsmaßnahmen verlangt das Bestimmtheitsgebot zwar nicht, dass die konkrete Maßnahme vorhersehbar ist, wohl aber, dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Überwachung verbunden ist.⁶¹ Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dienen ferner dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen.⁶²

Bei Verknüpfung des Eingriffs mit einer vorgelagerten prognostischen Beurteilung, ob die Überwachung „vor allem“ oder „hauptsächlich“ zur Erhebung kernbereichsrelevanter Daten führen wird, besteht ein erhebliches Risiko der Fehlprognose, weil - wie ausgeführt - ihr Bezugspunkt in einem in der Regel schwer fassbaren Sachverhalt liegt. Gesteigert wird das Risiko einer Fehlprognose hier dadurch, dass zusätzlich eine Bewertung darüber verlangt wird, nicht nur dass, sondern auch in welchem Umfang kernbereichsrelevante Inhalte voraussichtlich erhoben werden und in welchem Verhältnis diese Inhalte zu den nichtkernbereichsrelevanten Daten stehen werden. Die zusätzliche Einbeziehung eines zu gewichtenden Verhältnisses zwischen kernbereichsrelevanten und nichtkernbereichsrelevanten Inhalten könnte mit dem Bestimmtheitsgebot kollidieren, weil hierfür keine konkretisierenden Merkmal vorhanden sind, die die Prognose - und damit die Eingriffsbefugnis - konturieren. Unter welchen Voraussetzungen die Überwachung „vor allem“ oder „hauptsächlich“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung betrifft, liegt damit weitgehend in der freien Entscheidungs- und Beurteilungskompetenz der Polizei. Angesichts möglicher Bestimmtheitsdefizite können verfassungsrechtliche Risiken jedenfalls nicht ausgeschlossen werden.

Festzuhalten bleibt damit, dass die in der Anhörung vorgeschlagenen tatbestandlichen Änderungen nicht nur praktisch kaum umsetzbar sein dürften; im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot könnten sie sich zudem auch als verfassungsrechtlich bedenklich darstellen. Die sich damit stellende Frage, ob für § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E - jenseits der Vorschläge der Anzuhörenden - verfassungsrechtlicher Änderungsbedarf besteht, führt zu der Problematik der Vereinbarkeit mit der Kernbereichsschutzrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurück.

bb) Aus der bundesverfassungsgerichtlichen Begründung des Kernbereichsschutzkonzepts für Eingriffe in Art. 10 GG⁶³ dürfte zunächst zu folgern sein, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung nicht in gleicher Intensität Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung normieren muss, wie bei Befugnissen, die zu Eingriffen in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG ermächtigen.

⁶¹ BVerfGE 110, 33, 54

⁶² BVerfGE 113, 348, 376

⁶³ BVerfGE 113, 348, 390 f.

Eine - grundrechtsspezifische - Reduzierung des Schutzkonzepts dürfte verfassungsrechtlich vertretbar sein, wenn und soweit andernfalls notwendige Überwachungsbefugnisse nicht mehr ausgeübt werden können,⁶⁴ diese mithin leer liefen. Bei uneingeschränkter Geltung der Pflicht, die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung immer zu unterlassen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass Daten erhoben werden, die dem Kernbereich zuzuordnen sind, würde dies dazu führen, dass eine Vielzahl von Anschlüssen nicht mehr überwacht werden dürften, nämlich dann, wenn diese nicht nur von einem Verdächtigen, sondern von mehreren Personen, z.B. einer Familie, genutzt werden; denn die Wahrscheinlichkeit, dass es bei einer solchen Überwachung auch zur Kenntnisnahme höchstpersönlicher Kommunikation der Nutzer des Anschlusses kommt, dürfte in aller Regel zu bejahen sein.

Verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind solche grundrechtsspezifischen Einschränkungen im Kernbereichsschutzkonzept jedoch nur unter der Voraussetzung, dass für ein besonders hochrangiges Rechtsgut eine akute Gefahr droht.⁶⁵ In einer solchen Situation - *könnte* - die vorherige Sichtung der erhobenen Daten vor ihrer Nutzung sowie die Normierung eines Verwertungsverbots verfassungsrechtlich ausreichend sein. Der Sache nach geht es um die gesetzliche Kompensation eines auf der ersten Stufe notwendig defizitären Kernbereichsschutzes durch entsprechende Regelungen auf der zweiten Stufe des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Kernbereichsschutzkonzepts.

Folgt man dem, ist zu prüfen, ob der Kernbereichsschutz nach § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E diesen Anforderungen entspricht.

e) Vereinbarkeit von § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E mit dem bundesverfassungsgerichtlichen Kernbereichsschutzkonzept

aa) Die Regelung des § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E beinhaltet ein Erhebungsverbot. Erforderlich ist danach eine prognostische Aussage über eine mögliche Kernbereichsrelevanz der voraussichtlich erfassten Überwachungsinhalte. Allerdings ist die Prognose begrenzt auf Fallgestaltungen, in denen die Überwachung „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erwarten lässt. Solche Situationen dürften - wenn überhaupt - nur relativ selten anzutreffen sein.⁶⁶ Als - mögliche - Fallgestaltung wird die Kommunikation mit

⁶⁴ Zu diesem Ansatz: *Baldus*, JZ 2008, 218, 226, der daraus indes die generelle Abwägungsoffenheit des bundesverfassungsgerichtlichen Kernbereichsschutzkonzepts herleitet.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 113, 348, 392

⁶⁶ Vgl. *Baum/Schantz*, ZRP 2008, 137, 138 (zu § 20 I Abs. 6 Satz 1 BKAG)

der kirchlich angebotenen Telefonseelsorge⁶⁷ oder die Benutzung eines bestimmten Anschlusses nur für Privatgespräche zwischen Personen des engsten Vertrauens⁶⁸ genannt.

bb) Dass das Erhebungsverbot mithin nur in seltenen Ausnahmefällen eingreift, muss - wie zuvor ausgeführt - keineswegs zwingend die Unzulänglichkeit des ausgestalteten Kernbereichsschutzes bedeuten. Hält man grundrechtsspezifische Einschränkungen im Kernbereichsschutzkonzept unter den erörterten Voraussetzungen für grundsätzlich zulässig, kommt es weiter darauf an, ob die in §§ 31, 31 b und 31 c POG-E geregelten Befugnisse jeweils dem Schutz hochrangiger Rechtsgüter dienen und dabei an eine Sachlage anknüpfen, die auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Verwirklichung einer Gefahr schließen lässt.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

(1) Nach § 31 Abs. 1 POG-E darf die Telekommunikation nur überwacht werden, soweit sie zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person oder für solche Güter der Allgemeinheit zwingend erforderlich ist, deren Bedrohungen die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Im Fall der sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung gilt nach § 31 Abs. 3 POG-E Entsprechendes, allerdings muss die Gefahr hier nicht gegenwärtig sein. Auch die Befugnisnorm des § 31 b POG-E dient der Abwehr konkreter Gefahren für Individualrechtsgüter und Schutzgüter der Allgemeinheit, die mit denen in § 31 Abs. 1 POG-E identisch sind. Schutzgüter der in § 31 c POG-E geregelten Befugnis sind neben den genannten zusätzlich die Freiheit einer Person.

Leib, Leben und Freiheit einer Person sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als überragend wichtige Rechtsgüter anerkannt.⁶⁹ Gleiches gilt für solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.⁷⁰ Die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen setzen auch jeweils voraus, dass tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für die genannten Schutzgüter bestehen.

(2) Darüber hinaus bedarf es zur verfassungsrechtlichen Legitimierung grundrechtsspezifischer Einschränkungen im Kernbereichsschutzkonzept nicht nur eines gesetzlich zu regelnden Verwertungsverbots, sondern auch und vor allem einer Regelung, nach der die erhobenen Daten zunächst zu sichten sind, um ihre kernbereichsbezogene Verwertbarkeit beurteilen zu können.

⁶⁷ BT-Drucks. 16/5846, S. 45

⁶⁸ LT-Drucks. 15/4879, S. 44

⁶⁹ BVerfGE 120, 274, 328

⁷⁰ BVerfGE 120, 274, 328

Auch diese Anforderungen dürften weitgehend erfüllt sein.

§ 39 a Abs. 4 Satz 1 POG-E bestimmt, dass die Auswertung der erhobenen Daten nur unter der Sachleitung des zuständigen Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz erfolgen darf. Hierdurch ist gewährleistet, dass die Auswertung der erhobenen Daten durch eine unabhängige und neutrale Instanz kontrolliert wird. Zusätzlich ist in § 39 a Abs. 4 Satz 2 POG-E geregelt, dass die durch einen verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme (§ 31 c POG-E) erhobenen Daten zuvor auf ihre Kernbereichsrelevanz überprüft werden müssen. Hier könnte allerdings in Erwägung gezogen werden, auch diese Überprüfung von einer neutralen und unabhängigen Instanz wahrnehmen zu lassen statt sie in die Verantwortung von zwei Bediensteten der Polizeibehörde zu legen. Darüber hinaus sollte erwogen werden, in diese kernbereichsbezogene Überprüfung (§ 39 a Abs. 4 Satz 2 POG-E) auch Datenerhebungen nach §§ 31 und 31 b POG-E einzubeziehen. Ob dies im Hinblick auf den durch das Erhebungsverbot nur eingeschränkt verwirklichten Kernbereichsschutz verfassungsrechtlich sogar erforderlich erscheint,⁷¹ kann an dieser Stelle ohne weitere Prüfung nicht beurteilt werden; möglicherweise könnte mit Blick auf die - dann weit auszulegende - Sachleitungsbezugnis des Oberverwaltungsgerichts (§ 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E) über die Auswertung der Daten eine (zusätzliche) Prüfung auf kernbereichsrelevante Inhalte entbehrlich sein. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass im Fall einer unmittelbaren Kenntnisnahme von nach §§ 31 und 31 c POG-E erhobenen Daten die automatische Aufzeichnung hierüber dem Oberverwaltungsgericht vorzulegen ist, das über die Verwertbarkeit oder Löschung entscheidet (§ 39 a Abs. 5 Satz 2 POG-E). Das erforderliche Verwertungsverbot ist überdies in der Bestimmung des § 39 a Abs. 1 Satz 3 POG-E enthalten.

Vor diesem Hintergrund dürfte - weitgehend - sichergestellt sein, dass dann, wenn Daten mit Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung erhoben worden sind,⁷² die Intensität dieser Kernbereichsverletzung und ihre Auswirkungen auf die Persönlichkeit und Entfaltung des Betroffenen so gering wie möglich bleiben. Entscheidende Bedeutung dürfte dabei dem Umstand zukommen, dass das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz die Sachleitungsbezugnis über die Auswertung der Daten besitzt. Dem Kernbereichsschutz dürfte damit - bei entsprechend weiter Auslegung der gerichtlichen Sachleitungsbezugnis - im Ergebnis hinreichend Rechnung getragen sein.

⁷¹ In diesem Sinn auch: Landesbeauftragter für den Datenschutz, *Zuschrift 15/502*, S. 17 f.

⁷² Hiervon wird bei der Telekommunikationsüberwachung regelmäßig auszugehen sein.

Für die Vorschrift des § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E bedeutet dies, dass verfassungsrechtliche Risiken zwar nicht ausgeschlossen werden können, weil in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang nicht hinreichend eindeutig entschieden ist, welchen Anforderungen ein den Kernbereich schützendes Erhebungsverbot genügen muss; dennoch dürfte sich die Regelung insgesamt als verfassungsrechtlich vertretbar darstellen. Die Reduzierung des Kernbereichsschutzes auf der Stufe der Anordnung der Überwachung (§ 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E) ist grundrechtsspezifisch (Art. 10 GG) legitimiert und dürfte verfassungsrechtlich im Hinblick auf die vorgesehenen Sicherungen bei erfolgten Eingriffen in den Kernbereich gerechtfertigt sein. Auf die insoweit ungeklärte Verfassungsrechtslage ist an dieser Stelle allerdings nochmals hinzuweisen.

cc) Zu berücksichtigen ist ferner, dass die hier auf dem Prüfstand stehende Formulierung wortgleich sowohl in § 3 a S. 1 G 10⁷³ als auch in § 100 a Abs. 4 Satz 1 StPO⁷⁴ sowie in § 20 I Abs. 6 Satz 1 BKAG⁷⁵ für die Befugnis zur Überwachung der Telekommunikation verwendet wurde. Auch wenn diese Feststellung für sich gesehen die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht präjudiziert, kann sie dennoch in die politische Abwägung einbezogen werden. Darauf hinzuweisen ist ferner, dass zu § 100 a Abs. 4 StPO derzeit ein Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig ist.⁷⁶ Dass die Verfassungsbeschwerde dabei nicht offensichtlich unbegründet ist, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss im vorläufigen Rechtsschutzverfahren festgestellt und ausgeführt, im Hauptsacheverfahren sei zu prüfen, ob der Kernbereich privater Lebensgestaltung in § 100 a Abs. 4 StPO hinreichend beachtet wurde.⁷⁷ Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, was es im Hinblick auf § 100 a Abs. 4 StPO wie folgt begründet hat:⁷⁸

„Würde der Vollzug der angegriffenen Regelung des § 100 a Abs. 2 StPO n.F. vorläufig ausgesetzt und der Vollzug des § 100 a Abs. 4 StPO n.F. lediglich noch mit der Maßgabe gestattet, dass die Maßnahme nur angeordnet werden darf, soweit aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung keinerlei Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst werden, erwiese sich die Verfassungsbeschwerde aber später als

⁷³ Hierzu: *Huber*, NVwZ 2009, 1321, 1324

⁷⁴ Hierzu: *Bär*, MMR 2008, 215, 217; *Nöding*, StraFO 2007, 456, 458; *Puschke/Singelnstein*, NJW 2008, 113, 114

⁷⁵ Hierzu: *Baum/Schantz*, a.a.O., 137, 138

⁷⁶ 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08

⁷⁷ Beschluss vom 15. Oktober 2008 - 2 BvR 236/08, 2 BvR 237/08 -, Rz. 137 f. (juris)

⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 15. Oktober 2008, a.a.O., Rz. 146, 148 (juris)

unbegründet, hätten zur Aufklärung von Straftaten relevante Ermittlungsmaßnahmen nicht durchgeführt werden können. Damit entfielen die Möglichkeit, bestimmte Daten und Informationen zur Aufklärung von Straftaten zu nutzen. Dies betreffe auch Straftaten, die der Gesetzgeber durch die Aufnahme in den Katalog des § 100 a Abs. 2 StPO als so schwer eingestuft hat, dass sie nach seiner Einschätzung eine Überwachung der Telekommunikation rechtfertigen. So finden sich in dem neu gefassten Straftatenkatalog nur Straftaten, die eine Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe aufweisen oder deren geschütztes Rechtsgut nach Einschätzung des Gesetzgebers von besonderer Bedeutung ist oder bei denen ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Der Gewährleistung einer wirksamen Strafverfolgung kommt aber eine hohe Bedeutung zu. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet. ... Im Rahmen der Entscheidung über die beantragte einstweilige Anordnung kann ein deutliches Überwiegen der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sprechenden Belange auch unter Berücksichtigung nicht auszuschließender Einwirkungen auf das Kommunikationsverhalten der Bürger nicht festgestellt werden. Die betroffenen Grundrechte sowie die Funktionen des Zeugnisverweigerungsrechts auf der einen Seite und das gewichtige rechtsstaatliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung, insbesondere von schweren auf der anderen Seite, können nicht abstrakt, sondern nur auf der Grundlage eingehender Prüfung der Art und des Ausmaßes ihrer jeweiligen Betroffenheit gegeneinander abgewogen werden. In einem solchen Fall gebietet es die gegenüber der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers notwendige Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts, die Anwendung der angegriffenen Vorschrift nicht zu hindern, bevor im Rahmen einer umfassenden Prüfung im Hauptsacheverfahren geklärt ist, ob sie vor der Verfassung Bestand hat.“

Auch diese Erwägungen kann der Gesetzgeber bei seiner Abwägung einbeziehen.

IV. Ergebnis

Welche - konkreten - Vorkehrungen der Gesetzgeber im Rahmen von Befugnissen zur Telekommunikationsüberwachung zu treffen hat, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu unterbinden, dürfte auch im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juli 2005 jedenfalls nicht eindeutig feststehen. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung darauf hingewiesen, dass der Schutz nach Art. 10 GG (Fernmeldegeheimnis) anders ausgestaltet sei als der nach Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung). Auch sei bei der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung der Inhalt der Gespräche nicht sicher vorhersehbar. Deswegen könne auch das Risiko einer Kernbereichsverletzung nicht ausgeschlossen werden, was verfassungsrechtlich allenfalls bei einem besonders hohen Rang des gefährdeten Rechtsguts und ferner dem Vorliegen eines Sachverhalts zu rechtfertigen sei, der auf einen unmittelbaren Bezug zur zukünftigen Begehung einer Straftat schließen lasse. Hinzukommen müssten dann Vorkehrungen, die sicherstellten, dass die Kommunikationsinhalte des höchstpersönlichen Bereichs nicht gespeichert und verwertet werden dürften, sondern unverzüglich gelöscht würden, wenn es ausnahmsweise zu ihrer Erhebung gekommen sei.

Diese Überlegungen dürften entsprechend auch für die hier weiter betroffenen Grundrechte (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, Recht auf informationelle Selbstbestimmung) gelten.

Welche konkreten Anforderungen daraus für das Erhebungsverbot folgen und wie dieses beispielsweise hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit für die Erfassung kernbereichsrelevanter Inhalte ausgestaltet sein muss, ist in der Rechtsprechung ungeklärt und wird auch vom juristischen Schrifttum nicht abschließend beantwortet. Insoweit stellt sich die verfassungsrechtliche Situation als weitgehend unklar und ungeklärt dar. Fest steht allenfalls, dass der Gesetzgeber auch im Rahmen der Befugnis zur Telekommunikationsüberwachung ein den Kernbereich schützendes Erhebungsverbot zu regeln hat; wie dieses allerdings konkret ausgestaltet sein muss, bleibt offen.

Ob der in der Anhörung vorgeschlagene Weg, für die Anordnung der Datenerhebung eine Prognoseentscheidung darüber zu verlangen, ob „vor allem“ oder „hauptsächlich“ kernbereichsrelevante Daten erhoben werden, sich tatsächlich als die bessere Regelungsalternative präsentiert, dürfte fraglich sein. Die tatbestandlichen Ergänzungen dürften nicht nur praktisch kaum umsetzbar sein, sondern im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot auch verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sein.

Nach hier vertretener Ansicht dürfte eine - grundrechtsspezifische - Reduzierung des Kernbereichsschutzkonzepts (§ 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E) begründbar sein, wenn und soweit andernfalls notwendige Überwachungsbefugnisse nicht mehr ausgeübt werden können. Verfassungsrechtlich legitimiert dürften solche Einschränkungen im Kernbereichsschutzkonzept jedoch nur unter der Voraussetzung sein, dass für ein besonders hochrangiges Rechtsgut eine akute Gefahr droht. In einer solchen Situation - *könnte* - die vorherige Sichtung der erhobenen Daten vor ihrer Nutzung sowie die Normierung eines Verwertungsverbots auch verfassungsrechtlich ausreichend sein.

Diese Voraussetzungen werden hier als erfüllt angesehen. Die von §§ 31, 31 b und 31 c POG-E geschützten Rechtsgüter sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als überragend wichtige Schutzgüter anerkannt. Die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen setzen auch jeweils voraus, dass tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für die genannten Schutzgüter vorliegen. Entscheidende Bedeutung kommt vor allem dem Umstand zu, dass das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz die Sachleitungsbefugnis über die Auswertung der erhobenen Daten besitzt. Dem Kernbereichsschutz dürfte damit - bei entsprechend weiter Auslegung der gerichtlichen Sachleitungsbefugnis - hinreichend Rechnung getragen sein.

Für die Vorschrift des § 39 a Abs. 3 Satz 1 POG-E bedeutet dies im Ergebnis , dass verfassungsrechtliche Risiken zwar nicht ausgeschlossen werden können, weil in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang nicht hinreichend eindeutig entschieden ist, welchen Anforderungen ein den Kernbereich schützendes Erhebungsverbot genügen muss; dennoch dürfte sich die Regelung insgesamt als verfassungsrechtlich vertretbar darstellen. Zwingender verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf dürfte insoweit nicht bestehen. Auf die insoweit ungeklärte Verfassungsrechtslage ist an dieser Stelle allerdings nochmals hinzuweisen.

Wissenschaftlicher Dienst